Deutscher Bundestag **Drucksache 19/6438**

19. Wahlperiode 12.12.2018

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Antrag

der Abgeordneten Dr. Manuela Rottmann, Tabea Rößner, Claudia Müller, Katharina Dröge, Renate Künast, Luise Amtsberg, Canan Bayram, Ekin Deligöz, Kai Gehring, Britta Haßelmann, Dieter Janecek, Katja Keul, Sven-Christian Kindler, Monika Lazar, Dr. Irene Mihalic, Beate Müller-Gemmeke, Dr. Konstantin von Notz, Filiz Polat, Corinna Rüffer, Stefan Schmidt und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Abmahnungen – Transparenz und Rechtssicherheit gegen Missbrauch

Der Bundestag wolle beschließen:

I. Der Deutsche Bundestag stellt fest:

Abmahnungen sollen dazu beitragen, wettbewerbs- und urheberrechtliche Verstöße schnell und für die Beteiligten kostengünstiger als in einem Gerichtsverfahren aus der Welt zu schaffen. Als sinnvolles Instrument leisten sie einen wesentlichen Beitrag zur effektiven Durchsetzung von Wettbewerbs- und Verbraucherschutzregelungen. Unseriöse Abmahnpraktiken haben die Abmahnung jedoch in Verruf gebracht. Erstmals wurde mit dem Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken (BGBl. 2013 I, Seite 3714) versucht, missbräuchliche Abmahnungen einzudämmen. Ziel waren Abmahnungen, welche die Abgemahnten bei verhältnismäßig geringen Verstößen zur Zahlung unverhältnismäßig hoher Kosten und Vertragsstrafen verpflichteten.

Der Bundesregierung sind weder der tatsächliche Umfang unseriöser Abmahnpraktiken noch die maßgeblichen Akteure in diesem Bereich hinreichend bekannt (vgl. Antwort der Bundesregierung vom 30.07.2018 [BT-Drs. 19/3644, http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/036/1903644.pdf, abgerufen am 30.11.2018] auf die Kleine Anfrage der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 11.07.2018 [BT-Drs. 19/3363, http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/033/1903363.pdf, abgerufen am 30.11.2018)

Nun liegt mit dem aus dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz stammenden Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs“ vom 11.09.2018 (https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_fairerWettbewerb.pdf?__blob=publicationFile&v=1, abgerufen am 30.11.2018) ein Vorschlag vor, der Änderungen u.a. im Gesetz gegen den unterlauteren Wettbewerb (UWG), Unterlassungsklagegesetz (UKlaG), Urhebergesetz (UrhG) und Gerichtskostengesetz (GKG) enthält und zweifelhafte Geschäftspraktiken verschiedener Abmahner weiter eindämmen soll.

Einschätzungen von Gewerbetreibenden, Vereinen und Verbänden ergaben, dass unseriösen Abmahnpraktiken mit den bisherigen gesetzlichen Maßnahmen noch nicht hinreichend entgegen getreten wurde. Die im Referentenentwurf geplanten Maßnahmen werden überwiegend als ungeeignet eingeschätzt.

In dem Referentenentwurf werden den Abgemahnten zu wenige Möglichkeiten an die Hand gegeben, unseriöse Praktiken bereits bei Erhalt einer Abmahnung zu erkennen. Es wird damit versäumt, in solchen Fällen frühzeitig die negativen Folgen missbräuchlicher Abmahnungen - die Zahlung unberechtigter Abmahnkosten und die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung - zu unterbinden. Richtiger erscheint es, die Regelungen über Abmahnungen so zu verändern, dass die Abgemahnten im Moment der Abmahnung durch klare gesetzliche Definitionen und durch von einer öffentlichen Transparenzstelle zur Verfügung gestellte Informationen über unseriöse Abmahnpraktiken möglichst fundiert über seinen nächsten Schritt entscheiden kann. Auch die Situation der Abgemahnten nach Unterzeichnung einer im Zusammenhang mit einer missbräuchlichen Abmahnung abgegebenen Unterlassungserklärung wurde von den bisherigen und geplanten gesetzlichen Maßnahmen außer Acht gelassen. Wenn sich etwa im Nachhinein herausstellt, dass die Abmahnenden ihre Ansprüche aus reinem Verdienstinteresse geltend gemacht haben oder ein Anspruch auf Unterlassung gar nicht bestand, können sich die Abgemahnten bisher von ihrer einmal eingegangenen Unterlassungsverpflichtung kaum lösen.

Im Referentenentwurf werden darüber hinaus viele Regelungen getroffen, um die Berechtigung für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche aus dem UWG einzuschränken. Diese Änderungen werden aber gerade nicht ihr Ziel erreichen, allein an Einnahmen interessierte Abmahner aus dem Markt zu nehmen aber etablierte und gut funktionierende Strukturen treffen. Hier muss die Anspruchsberechtigung von Wirtschaftsverbänden mit zielgenaueren Kriterien versehen werden. Andere Änderungen hingegen, wie die Abschaffung des fliegenden Gerichtstandes, werden weithin als zielführend erachtet.

Massenhafte Abmahnungen im Zusammenhang mit Verstößen gegen die DSGVO sind trotz großer Befürchtungen ausgeblieben. Ob und welche Datenschutzregelungen überhaupt als Marktverhaltensregelung und damit als durch Mitbewerber abmahnbar gelten, war schon vor Inkrafttreten der DSGVO umstritten und bleibt es auch weiterhin. Der Referentenentwurf verhält sich hierzu nicht. Letztlich werden diese Rechtsfragen, wenn überhaupt, erst durch mehrere Instanzen und möglicherweise sogar erst nach Anrufung des EuGH in einigen Jahren verbindlich geklärt. Ein nationaler Ausschluss der DSGVO aus dem gesamten Anwendungsbereich des UWG ist daher nicht möglich, nicht sinnvoll und angesichts der bislang fehlenden Erkenntnisse über nennenswerten Abmahnmissbrauch in diesem Bereich auch nicht gerechtfertigt. Abmahnungen wegen leicht feststellbarer Verstöße gegen die DSGVO sowie der Umgang der Rechtsprechung mit diesen Verstößen im Falle von Mitbewerber-Abmahnungen sollten jedoch unter Beobachtung gestellt werden. Sollte sich ergeben, dass hier zahlreiche Fälle auftreten, die von der Rechtsprechung unterschiedlich behandelt werden, muss der Gesetzgeber handeln. Dann ist die zeitweise temporäre Einschränkung der Befugnis für Mitbewerber sinnvoll, derartige DSGVO-Verstöße abzumahnen. So kann die gerichtliche Klärung der offenen Rechtsfragen beschleunigt und Rechtsunsicherheit vermieden werden, auch bis ggf. die Frage höchstrichterlich entschieden ist.

Zu dem Bereich urheberrechtlicher Abmahnungen hat der Referentenentwurf wenige Nachbesserungen vorgeschlagen, wie etwa die Pflicht der Abmahnenden, verständlich und nachvollziehbar darzulegen, auf welcher Basis und nach wel-

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

chen Kriterien sie die geltend gemachten Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche gemäß § 97a Abs. 2 S.1 Nr. 3 UrhG berechnet werden. Das ist sinnvoll und entspricht dem sich aus der Evaluation ergebenden Bedürfnis, die Berechnung und Höhe der Ersatzansprüche – gerade von pauschalen Vergleichsangeboten - für die Abgemahnten transparent und damit angreifbarer zu machen. Dennoch ist es weiterhin höchst unbefriedigend, dass die „in Abmahnungen unterbreiteten pauschalen Vergleichsangebote in der Höhe nicht zurückgegangen sind“. Hier werden überwiegend die in der Höhe gleichbleibenden oder sogar noch gestiegenen Schadensersatzansprüche als ursächlich gesehen. Daher gibt es weiteren Handlungsbedarf, dem der Referentenentwurf nicht gerecht wird.

Im weiteren Gesetzgebungsverfahren sollte daher das Folgende Berücksichtigung finden.

II. Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung auf;

1. einen Gesetzentwurf vorzulegen, der die missbräuchliche Geltendmachung von Ansprüchen präziser definiert. Als missbräuchliche Abmahnungen sollten grundsätzlich solche Abmahnungen verstanden werden, bei denen das Gericht aufgrund von Tatsachen, etwa dem Gewicht der Einnahmen aus Abmahnungen und Vertragsstrafen für die Abmahner im Vergleich zu anderen Einnahmequellen, zur Überzeugung kommt, dass sie in erster Linie der Erzielung von Einnahmen durch Abmahnkosten, Vertragsstrafen oder Mitgliedsbeiträgen und nicht dem Schutz des lauteren Wettbewerbs oder der Durchsetzung berechtigter Individualansprüche dienen;
2. einen Gesetzentwurf vorzulegen, der Abgemahnte bei Erhalt der Abmahnung befähigt, fundierte Entscheidungen zu treffen, indem
    a. das Bundesamt für Justiz (BfJ) als öffentliche Transparenzstelle Informationen über missbräuchliche Abmahnungen erfasst und öffentlich zugänglich macht, und
    b. auf Abmahnungen – für die Abmahnenden verpflichtend – auf die öffentliche Informationsmöglichkeit bei dem BfJ als Transparenzstelle hingewiesen werden muss;
    c. das BfJ personell entsprechend ausgestattet wird, so dass es seine neuen Aufgaben gut erfüllen kann;
3. einen Gesetzentwurf vorzulegen, der die Berechtigung für die Geltendmachung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen qualifizierter Wirtschaftsverbände anhand geeigneter Kriterien definiert, um unseriöse Wirtschaftsverbände auszuschließen, ohne die bewährte Marktkontrolle spezialisierter Branchenverbände zu gefährden. Dabei ist auch zu definieren, aufgrund welcher Erkenntnisse über die Abmahnpraxis von Verbänden und qualifizierten Einrichtungen die Eintragung überprüft und revidiert werden kann. Hier sollte insbesondere
    a. auf eine Mindestzahl von 50 Mitgliedern verzichtet werden, da dadurch auch bereits anerkannte und etablierte Wirtschaftsverbände kleiner Branchen getroffen würden. Vielmehr soll die Eintragung ausgeschlossen sein, wenn tatsächlich nachgewiesen ist, dass der Verein angeboten hat oder anbietet, auf die Erstattung von Abmahn-

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

kosten, die Abgabe von Unterlassungsverpflichtungen oder die Erhebung von Vertragsstrafen zu verzichten, wenn im Gegenzug dem Verein beigetreten wird;

b. aus der personellen und finanziellen Struktur der Wirtschaftsverbände die Kompetenz zu Rechtsberatung und die Leistungsfähigkeit hervorgehen, nicht nur einfache Abmahnungen und Vertragsstrafen auszusprechen, sondern Rechtsfragen auch höchstrichterlich, durch mehrere Instanzen klären zu lassen. Anderenfalls ist eine Eintragung abzulehnen;

4. einen Gesetzentwurf vorzulegen, der die Möglichkeit schafft, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung im Wege einer nachträglichen Inhaltskontrolle mit der möglichen Rechtsfolge der anfänglichen Unwirksamkeit gerichtlich überprüfen zu lassen und überhöhte Abmahnkosten im Nachhinein zurückfordern zu können;

5. die Abmahnpraxis und die Rechtsprechung bei Abmahnungen wegen Verstößen gegen die DSGVO besonders zu beobachten und für den aus heutiger Sicht unwahrscheinlichen Fall einer deutlichen Zunahme von missbräuchlichen Abmahnungen wegen solcher Verstöße bei fortdauernd uneinheitlicher Rechtsprechung einen Gesetzentwurf vorzulegen, der die Abmahnbefugnis von Mitbewerbern bei Verstößen gegen die DSGVO und ihre Umsetzungsgesetze so lange einschränkt, bis über die Einordnung der Regeln der DSGVO als marktverhaltensleitende Regelungen Rechtssicherheit besteht;

6. bei Abmahnungen in Urheberstreitsachen

a. gegen Private zu prüfen und Vorschläge zu unterbreiten, ob und wie Schadensersatzansprüche unter bestimmten Voraussetzungen in der Höhe sinnvoll begrenzt werden können, ohne Sinn und Zweck des dem Urheber zustehenden Rechts auf Kompensation seines Schadens zu erodieren. In die Prüfung sind die von der Rechtsprechung entwickelten maßgeblichen Kriterien und Berechnungsmethoden (v.a. die sog. Lizenzanalogie) einzubeziehen;

b. Abmahnende im Falle der Berufung auf die Unbilligkeitsregelung gemäß § 97a Abs. 3 S. 4 UrhG, welche die Deckelung des Aufwendungsersatzes aufhebt, ausdrücklich dazu zu verpflichten, substantiiert zusätzliche Gründe vorzutragen, die den besonderen Schwierigkeitsgrad des konkreten Sachverhalts darlegen, der über den bei urheberrechtlichen Streitigkeiten ohnehin vorliegenden erhöhten Schwierigkeitsgrad hinausgeht;

7. bei der Vorlage eines Gesetzentwurfs zu berücksichtigen, dass sich die Änderungen der Rechtslage auch auf Abmahnungen von individuellen Rechtsverletzungen im sonstigen Zivilrecht auswirken können. Ein Gesetzentwurf muss sicherstellen, dass ein Einwand der Missbräuchlichkeit gegen diese, sonstigen zivilrechtlichen Abmahnungen nicht die Durchsetzung der Ansprüche wegen individueller Rechtsverletzungen behindert oder unmöglich macht;

8. nach Inkrafttreten eines Gesetzes, das bei der Festlegung der angemessenen Vertragsstrafe die Größe, Marktstärke und Wettbewerbsfähigkeit des Abgemahnten berücksichtigt zu überprüfen, wie sich die Anwendung dieser Regelung insbesondere auf Kleingewerbetreibende auswirkt und ob gegebenenfalls zum Schutz von Kleingewerbetreibenden am Geschäftsumfang des Abgemahnten orientierte Regelobergrenzen für Vertragsstrafen und auch Abmahnkosten gesetzlich verankert werden sollten.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Berlin, den 11. Dezember 2018

Katrin Göring-Eckardt, Dr. Anton Hofreiter und Fraktion

Begründung

Zu 1)
Der Referentenentwurf verwendet eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe. Dies wird bei der Bekämpfung missbräuchlicher Abmahnungen kaum weiterhelfen. Unbestimmte Rechtsbegriffe, die schon den Gerichten bei der Anwendung des geltenden Rechts Schwierigkeiten bereiten, können Gewerbetreibenden, als oftmals juristischen Laien, keine Handlungsleitlinie bieten. Den Abgemahnten fehlen bei Erhalt einer Abmahnung die leicht handhabbaren Indizien dafür, was eine „missbräuchliche“ Geltendmachung eines Anspruchs ist, wann die Anzahl der ausgesprochenen Abmahnungen „außer Verhältnis“ zum Umfang der Geschäftstätigkeit der Abmahner steht oder wann eine Vertragsstrafe „unangemessen“ hoch ist.

Vor allem der Begriff der missbräuchlichen Abmahnung verliert weiter an Kontur. Sie liegt laut dem Referentenentwurf lediglich *insbesondere* vor, wenn die Geltendmachung der Ansprüche vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung oder die Zahlung einer Vertragsstrafe entstehen zu lassen.

Anschließend an diese Definition stellt der Referentenentwurf eine Vermutungsregel für die Annahme von „Missbräuchlichkeit“ auf. Auch diese Vermutungsregel beruht auf zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen wie „unangemessen hoch“ und „erheblich“. Die Justiz hat zu diesen Begriffen noch keine klare, dem Laien zugängliche Fallgruppenbildung hervorgebracht. Die Vorschrift setzt diese Bewertungen in Bezug zu Tatsachen, die die Abgemahnten und auch die Gerichte nicht kennen – etwa den Umfang der Geschäftstätigkeit der Mitbewerber und den Umfang der von ihnen getätigten Abmahnungen. Kritisch ist insbesondere, wenn auf diese unscharfen Wertungen, wie bei der Forderung oder Vereinbarung einer unangemessen hohen Vertragsstrafe die Missbrauchsvermutung aufgesetzt wird. Dies ist eine starke Rechtsfolge, geknüpft an eine für den Laien nicht zu treffende Einschätzung. Die Abgemahnten, die aus Angst vor dem Aufwand und den Kosten einer gerichtlichen Auseinandersetzung dem Verlangen der Abmahnenden nachgeben, haben nichts davon, dass sie bei Anrufung des Gerichts vielleicht bessere Chancen auf eine Entscheidung zu seinen Gunsten gehabt hätten. Die Abgemahnten, die sich durch unbestimmte Rechtsbegriffe wie den einer „unangemessen hohen Vertragsstrafe“ oder einer „unerheblichen Beeinträchtigung“ dazu motiviert fühlen, eine Abmahnung oder das Verlangen von Abmahnkosten oder Vertragsstrafen als unbeachtlich anzusehen, wird vor Gericht in etlichen Fällen enttäuscht werden, wenn die dortige Ausfüllung dieser Begriffe seinem Verständnis nicht entspricht.

Für Abgemahnte wird bei Verwendung solch auslegungsbedürftiger Begriffe letztlich nicht deutlich, wann sie sich auf die Missbräuchlichkeit der Abmahnung berufen können. Bei Erhalt einer Abmahnung wird ihnen ein Blick in das Gesetz keine Hilfe leisten. Mangels öffentlicher Zugänglichkeit von Informationen etwa über die Geschäftspraxis der Mitbewerber und deren Abmahnverhalten wird ihnen selbst die Einholung von Rechtsrat dabei oft nicht helfen. Es bedarf somit einer klaren Definition der Missbräuchlichkeit und einer anderen Handlungsleitlinie für die Abgemahnten, um bei Erhalt der Abmahnung eine zweckmäßige Entscheidung treffen zu können (dazu unter 2)).

Missbräuchliche Abmahnungen sollten daher zukünftig *grundsätzlich* – und nicht nur insbesondere – als solche Abmahnungen verstanden werden, welche in erster Linie der Erzielung von Einnahmen durch Abmahnkosten, Vertragsstrafen oder Mitgliedsbeiträgen und nicht dem Erhalt des lauteren Wettbewerbs oder dem Schutz individueller Rechte von Nicht-Wettbewerbern nach begangenen Rechtsverletzungen dienen. Auf unbestimmte Rechtsbegriffe wie „unangemessen hoch“ und „erheblich“ ist bei der Definition der Missbräuchlichkeit sowie bei der Formulierung einer Vermutungsregel für das Vorliegen von Missbräuchlichkeit zu verzichten.

Zu 2a)
Ohne Kenntnisse über die Abmahner, deren Tätigkeit und bisherige Abmahnpraxis oder die Angemessenheit der Höhe der Abmahnkosten können unterlegene Abgemahnte in der gegebenen Frist nicht sinnvoll einschätzen, wie sie mit der Abmahnung umgehen sollen. Solche Informationslücken begünstigen die Überrumpelung des Abgemahnten und die daraus folgende, von der Angst vor einem Gerichtsverfahren getriebene Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung. Mit mehr Transparenz durch bessere Informationsmöglichkeiten für Abgemahnte könnte missbräuchlichen Abmahnungen Einhalt geboten werden.

Eine staatliche Transparenzstelle, die die erforderlichen Informationen sammelt, um missbräuchliche Abmahnungen für die Abgemahnten erkennbar zu machen, würde diesem eine frühzeitige fundierte Einschätzung des Abmahnbegehrens erleichtern und Wellen missbräuchlicher Abmahnungen schneller stoppen. Die bisherige Praxis der Abmahnenden kann hier als Anhaltspunkt dienen, um einschätzen zu können, ob es sich um seriöses Abmahnbegehren handelt oder nicht. Der Referentenentwurf geht hier bereits einen ersten Schritt in diese Richtung.

Das BfJ überprüft nach geltender Rechtslage die Eintragung von Verbänden in die Liste der qualifizierten Einrichtungen und soll nach dem Referentenentwurf künftig auch die Eintragung qualifizierter Wirtschaftsverbände überprüfen. Im Falle einer Klage überprüft das Gericht die materielle Anspruchsberechtigung nach § 8 UWG demnach nur noch bei den Mitbewerbern. In allen anderen Fällen ist die Eintragung nach Prüfung durch das BfJ maßgeblich. Ergeben sich in einem Rechtsstreit begründete Zweifel, dass qualifizierte Einrichtungen oder qualifizierte Wirtschaftsverbände die Voraussetzungen der Eintragung in die beim BfJ geführte Liste noch erfüllen, kann das befasste Gericht das BfJ zur Überprüfung der Eintragung auffordern und die Verhandlung bis zur Entscheidung aussetzen.

Nach dem Referentenentwurf sollen qualifizierte Einrichtungen sowie qualifizierte Wirtschaftsverbände über die von Ihnen ausgesprochenen Abmahnungen und erhobenen Klagen sowie die erlangten Ansprüche jährlich gegenüber dem BfJ Bericht erstatten. Auch sind Gerichte verpflichtet, dem BfJ Entscheidungen mitzuteilen, in denen festgestellt wird, dass eine qualifizierte Einrichtung oder ein qualifizierter Wirtschaftsverband einen Anspruch „missbräuchlich“ im Sinne des Referentenentwurfs geltend gemacht hat.

Offen bleibt jedoch, was das BfJ mit diesen Informationen anfängt. Es wird nicht geklärt, ob und wann auf Grundlage der bisherigen Abmahnpraxis oder gerichtlicher Entscheidungen ein Widerruf oder eine Rücknahme der Eintragung erfolgen kann, ob die Eintragung etwa aufgrund von einmalig festgestelltem Missbrauch, nur bei wiederholt festgestellten derartigen Praktiken oder nur als Folge bestandskräftiger Entscheidungen überprüft und gegebenenfalls entzogen werden kann. Im Zusammenspiel mit der deutlichen Ausweitung des Tatbestands der „missbräuchlichen“ Abmahnung, etwa auf alle Fälle, in denen sich die Vertragsstrafe als unangemessen hoch erweist, ist eine Klarstellung möglicher Rechtsfolgen solcher Informationen unabdingbar.

Die Sammlung der Informationen über die Abmahntätigkeit der genannten Anspruchsberechtigten beim BfJ begrüßen wir. Der Austausch zwischen Gerichten und BfJ ist geregelt, greift aber zu kurz und ist wie folgt zu erweitern:

Die Mitteilungspflicht für Gerichte über Entscheidungen, in denen Ansprüche missbräuchlich geltend gemacht wurden, sollte auch Entscheidungen umfassen, in denen Mitbewerber solche Abmahnungen ausgesprochen haben. Das ist insbesondere vor dem Hintergrund erforderlich, dass Mitbewerberabmahnungen auch in neueren Gerichtsentscheidungen noch als Vehikel für missbräuchliches Abmahnverhalten bekannt wurden. Die Gerichte sollen verpflichtet werden, dem BfJ mitzuteilen, wenn sie im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens Erkenntnisse darüber erlangen,

- dass grundsätzlich Abmahnbefugte eine erhebliche Anzahl vergleichbarer Verstöße geltend gemacht haben, deren Anzahl außer Verhältnis zum Umfang der eigenen Geschäfts- oder Verbandstätigkeit steht sowie,
- wenn deren Geltendmachung als unzulässig im Sinne des § 8 UWG zurückgewiesen wurde,

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

- wenn deren Geltendmachung strafbar war (wie etwa in BGH. Beschluss vom 08.02.2017, Az. 1 StR 483/16 entschieden).

Um vor allem diejenigen, die die wirtschaftlichen Folgen missbräuchlicher Abmahnungen treffen, zu schützen, müssen die Informationen über missbräuchliche, gerichtsbekannte Abmahnungen (Art der abgemahnten Verstöße, Höhe der geltend gemachten Abmahnkosten, geforderte Vertragsstrafen, Formulierung der Unterlassungsverpflichtung) öffentlich – am besten online – zur Verfügung gestellt werden. Dabei sind die datenschutzrechtlichen und verfassungsrechtlichen Grenzen, insbesondere des Persönlichkeitsrechts, zu wahren.

Zu 2b)
Dem Schutzbedürfnis der Abgemahnten entsprechend ist eine zusätzliche gesetzliche Maßnahme notwendig, die die Abmahnenden dazu verpflichten, die Abgemahnten bereits in der Abmahnung auf die Möglichkeit hinzuweisen, bei der in Ziffer 1a) genannten Transparenzstelle Informationen über missbräuchliche Abmahnpraktiken zu erhalten.

Zu 2c)
Mit den neuen Aufgaben des Bundesamtes für Justiz muss auch eine entsprechende Aufstockung des Personals einhergehen.

Zu 3)
Im Referentenentwurf werden viele Regelungen getroffen, um die Berechtigung für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche aus dem UWG einzuschränken. Die dort vorgeschlagenen Änderungen werden aber gerade nicht ihr Ziel erreichen, allein an Einnahmen interessierte Abmahner aus dem Markt zu nehmen, sondern auch etablierte und gut funktionierende Strukturen treffen. Das lässt sich an den Voraussetzungen für Wirtschafsverbände nachzeichnen. Die im Referentenentwurf vorgeschlagene Mindestzahl an Mitgliedern (mindestens 50) trifft anerkannte Vereine kleinerer Branchen, die diese Zahl nicht erfüllen können. Die Marktüberwachung durch spezialisierte Branchenverbände wird damit in Frage gestellt. Die eigene Kompetenz eines Wirtschaftsverbandes zu Rechtsberatung und die finanzielle Leistungsfähigkeit, nicht nur einfache Abmahnungen und Vertragsstrafen auszusprechen, sondern Rechtsfragen auch höchstrichterlich klären zu lassen, ist ein geeigneteres Merkmal, um auf die Seriosität der Abmahnenden zu schließen. Weitere Anforderungen an die Zahl der Mitglieder und die Vertretung verschiedenen Branchen in den Wirtschaftsverbänden sind hingegen nicht geeignet, missbräuchliche Abmahner auszusortieren, erhöhen aber den Konfliktstoff für die Gerichte.

Die Voraussetzungen sind daher wie oben angeregt zu ändern.

Zu 4)
Eine abgegebene (strafbewehrte) Unterlassungserklärung stellt regelmäßig einen Unterlassungsvertrag zwischen den Abgemahnten und den Abmahnern dar. Als Dauerschuldverhältnis kann ein solcher Unterlassungsvertrag aus wichtigem Grund nach § 314 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) gekündigt werden. Anerkannte wichtige Gründe sind etwa die spätere Änderung der dem gesetzlichen Verbot zugrunde liegenden gesetzlichen Vorschriften, die Änderung höchstrichterlicher Rechtsprechung oder die Veränderung tatsächlicher Voraussetzungen, welche dem Verbot zugrunde liegen. Die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses wirkt typischerweise „ex nunc“, beseitigt das Vertragsverhältnis also gerade nicht von Anfang an, sondern lediglich für die Zukunft. Eine spätere Lösung von der abgegebenen Unterlassungsverpflichtung bei missbräuchlicher Geltendmachung, dem Vorliegen eines strukturellen Ungleichgewichts zwischen den Abmahnenden und den Abgemahnten oder bei einer sonstigen Überrumpelung der Abgemahnten oder materiell rechtlicher Unausgewogenheit mit der Wirkung „ex tunc“ – also mit rückwirkender Funktion – ist hingegen nicht möglich.

Insbesondere bei Abmahnwellen wird erst nach mehreren gleichgelagerten Abmahnungen ein Geschäftsmodell erkennbar. Während später Betroffene unter Umständen schon von der unseriösen Geschäftspraxis erfahren haben und eine Unterlassungserklärung nicht abgeben, haben die zuerst Abgemahnten das Nachsehen. Haben sie unterzeichnet, sind eine spätere Inhaltskontrolle der strafbewehrten Unterlassungserklärung mit der Folge der Unwirksamkeit der Unterlassungsverpflichtung nicht und die Kündigungsmöglichkeiten nur sehr eingeschränkt möglich.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Hier muss den Abgemahnten die Möglichkeit eingeräumt werden, nachträglich die unterzeichnete Unterlassungserklärung im Wege einer Inhaltskontrolle gerichtlich überprüfen zu lassen, um sich davon ggf. dann „ex tunc“ – also rückwirkend von Anfang an – lösen zu können.

Bislang führt der Einwand der Beklagten, dass die Kläger Ansprüche aus § 8 UWG „missbräuchlich“ geltend gemacht haben, zur Abweisung der Klage als „unzulässig“. Dieser Schutz wirkt nur dann, wenn die Abgemahnten die Unterlassungserklärung samt Vertragsstrafenandrohung nicht abgeben und den Weg zu Gericht nicht scheuen. Unterzeichnen sie hingegen unter zeitlichem Druck und ohne Zugang zu juristischer Beratung die Unterlassungserklärung, so bleiben sie daran gebunden, auch wenn die Voraussetzungen für die gerichtliche Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs gar nicht vorlagen. Das Ergebnis unseriöser Abmahnpraktiken wird so perpetuiert.

Auch bei einer Unterlassungsverpflichtung, die den Abgemahnten unklare oder zu weitgehende Unterlassungspflichten aufbürden, oder in den Fällen, in denen der Anspruch gar nicht bestand, etwa weil die Anspruchsberechtigung nicht vorlag, bleiben die Abgemahnten weiter an eine von ihm abgegebene strafbewehrte Unterlassungserklärung gebunden.

Der vom BMJV vorgelegte Referentenentwurf hilft hier nicht weiter. Zwar schafft er mit dem an § 97a Abs. 4 UrhG angelehnten § 13 UWG-E Vorgaben für klarere und verständlichere Abmahnungen mit der Folge, dass bei Nichteinhaltung dieser Vorgaben der Aufwendungsersatzanspruch der Abmahnenden gegenüber den Abgemahnten entfällt. An die auf intransparenter Grundlage abgegebene Unterlassungserklärung bleiben die Abgemahnten aber weiter gebunden. Der Anreiz, juristische Laien zur Abgabe von strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungen in Erwartung einer späteren Verwirkung der Vertragsstrafe zu drängen, wird damit nicht beseitigt.

Dabei kann der Gedanke § 97a Abs. 4 Urheberrechtsgesetz (UrhG) einfach weiterentwickelt werden. Der Norm liegen das Transparenzgebot von § 307 BGB und damit Prinzipien aus dem AGB-Recht zugrunde. Dies ist auch Unterlassungserklärungen grundsätzlich nicht fremd. Wird Abgemahnten eine Unterlassungserklärung vorgelegt, die für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert ist, ohne den Hinweis, dass die Abgemahnten diese selbst formulieren oder abändern können, besteht grundsätzlich die Möglichkeit der Anwendbarkeit von AGB-Recht. Eine Inhaltskontrolle kann dann stattfinden.

Ist die Unterlassungserklärung nicht für eine Vielzahl der Fälle vorformuliert und/oder wird ausreichend auf abweichende Formulierungsmöglichkeiten hingewiesen, findet das AGB-Recht keine Anwendung. Auch in solchen Fallgestaltungen können sich die Abgemahnten jedoch in einer unterlegenden Stellung gegenüber den Abmahnern befinden. Als außergerichtliches Instrument der Streitbeilegung hat die Abmahnung zwar die Vorteile der Effizienz und Kostensparsamkeit für sich. Gleichzeitig können sich hier aber Macht-Ungleichgewichte zwischen hoch professionalisierten Abmahnern und Kleinunternehmen ohne Zugang zu Rechtsberatung und mit knappen Gewinnspannen besonders negativ auswirken. Der Überrumpelungseffekt kann sich dann auch aus anderen Umständen, wie der Verschleierung des Abmahngrundes, unzureichender Konkretisierung der Unterlassungsverpflichtung oder einer zu kurzen Frist zur Abgabe der Unterlassungserklärung ergeben. Auch hier muss eine nachträgliche Inhaltskontrolle mit der Rechtsfolge der anfänglichen Unwirksamkeit der Unterlassungserklärung möglich sein.

Für einen funktionierenden Wettbewerb und den Erhalt einer gleichberechtigten Stellung der Abgemahnten ist es erforderlich, dass sich die Abgemahnten – über die bereits bestehenden Kündigungsmöglichkeiten hinaus – von einer missbräuchlich zustande gekommenen Unterlassungserklärung lösen können.

Mögliche, nicht abschließend aufgelistete Fallkonstellationen für die Anwendung einer einzuführenden Inhaltskontrolle können sein:

- Nichtvorliegen der Eintragungsvoraussetzungen der qualifizierten Einrichtungen und der qualifizierten Wirtschaftsverbände im Zeitpunkt der Eintragung
- Eine unangemessene Benachteiligung der Abgemahnten.
- Eine missbräuchliche Geltendmachung der Ansprüche.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

- Ein Verstoß gegen klar definierte Anforderungen an die Klarheit und Verständlichkeit der Abmahnung.
- Ein unangemessen hoher Streitwert und Gegenstandswert, unangemessen hohe Forderung oder Vereinbarung einer Vertragsstrafe und eine über die abgemahnte Rechtsverletzung erheblich hinausgehende vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung.

Zu 5)
Die befürchtete Abmahnwelle im Zusammenhang mit der ab dem 25.05.2018 geltenden DSGVO ist nicht eingetreten. Die Frage, ob und welche Verstöße gegen die DSGVO von Mitbewerbern geltend gemacht werden könne, ist jedoch noch nicht geklärt und sorgt für Verunsicherung bei den Marktteilnehmern. Für den Fall, dass tatsächlich eine Vielzahl von missbräuchlichen Abmahnungen datenschutzrechtlicher Vorschriften ausgesprochen werden sollte und die Rechtsprechung weiterhin uneinheitlich bleibt, sollte die Bundesregierung die folgenden Erwägungen und Lösungsmöglichkeiten berücksichtigen:

Mit Geltung der DSGVO ab dem 25.05.2018 werden die Eigenschaft von datenschutzrechtlichen Vorschriften als abmahnfähige Marktverhaltensregeln als auch die Anspruchsberechtigung und Klagebefugnis von Mitbewerbern unter dem Hinweis auf den möglicherweise abschließenden Regelungscharakter der DSGVO streitig diskutiert. Höchstrichterlich ist das bislang nicht entschieden.

An mehreren aktuellen Gerichtsentscheidungen wird die unklare Rechtslage deutlich. In seinem Beschluss vom 13.09.2018 (Az. 11 O 1741/18) bejahte das Landgericht (LG) Würzburg unter Verweis auf jeweils eine Entscheidung des Oberlandesgerichts (OLG) Hamburg und des Oberlandesgerichts Köln, welche noch vor Geltung der DSGVO getroffen wurden, die Abmahnfähigkeit datenschutzrechtlicher Verstöße als Verletzung von Marktverhaltensregeln im Sinne des § 3a UWG. Das OLG Hamburg bejahte am 25.10.2018 (Az. 3 U 66/17) die Klagebefugnis eines Mitbewerbers auch unter Geltung der DSGVO. Die Regelungen der DSGVO sollen danach nicht abschließend sein. Hingegen lehnte das OLG Hamburg die geltend gemachten Ansprüche der Klägerin ab. Im konkreten Einzelfall wurde der marktverhaltensregelnde Charakter der datenschützenden Norm abgelehnt. Das LG Bochum geht dagegen – unter Verweis auf die Literaturmeinungen, wonach die in der DSGVO vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten als abschließend zu verstehen seien – davon aus, dass Verstöße gegen Artikel 13 DSGVO generell nicht von Mitbewerbern abgemahnt werden können (Urteil vom 07.08.2018, Az. I-12 O 85/18).

Die Rechtsaufassung, dass die Regelungen aus der DSGVO der Durchsetzung durch Mitbewerber vollständig entzogen sein sollen, überzeugt letztlich nicht. Daten sind wirtschaftliche Werte. Daher kann der Verstoß gegen Datenschutzregelungen im geschäftlichen Verkehr nicht nur den Inhaber der Daten beeinträchtigen, sondern auch Wettbewerber, die die Vorgaben der DSGVO einhalten, benachteiligen. Ob und inwieweit die DSGVO auch zu den marktverhaltensleitenden Regelungen im Sinne des § 3a UWG bzw. der zugrundeliegenden UGP-Richtlinie gehört, kann jedoch letztverbindlich nur der EuGH entscheiden, da diese Frage von der Auslegung europäischen Rechts abhängt. Der vollständige Ausschluss von Regelungen der DSGVO aus dem gesamten Anwendungsbereich des UWG durch den deutschen Gesetzgeber, wie ihn das Land Bayern im Bundesrat beantragt hat (BR-Drs. 304/18), ist daher weder europarechtskonform noch sachgerecht.

Bislang sind nur wenige Abmahnungen wegen Verstößen gegen die DSGVO bekannt geworden. Abmahnungen sind auch und gerade wegen der deutlichen Unterfinanzierung der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden ein weiteres, wichtiges Instrument der Durchsetzung und des Vollzugs der DSGVO. Auch die Auseinandersetzung der Rechtsprechung mit den neuen Datenschutzregelungen im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht steht erst am Anfang. Zudem bietet die hier vorgeschlagene eröffnete gerichtliche Inhaltskontrolle von Abmahnungen zusätzlichen Schutz gegen eine Bindung an Unterlassungsverpflichtungen, die sich im Nachhinein als ungerechtfertigt erweist.

Die Praxis von Abmahnern und Gerichten sollte jedoch weiter beobachtet werden. Sollte hier eine erhebliche Häufung missbräuchlicher Fälle insbesondere von Mitbewerber-Abmahnungen auftreten, die von der Rechtsprechung über einen längeren Zeitraum unterschiedlich behandelt werden, ist es sachgerecht, bis zur höchstrichterlichen Klärung Mitbewerbern die außergerichtliche Abmahnmöglichkeit beschränken und die Kontrolle von

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

wettbewerbsrelevanten Verstößen gegen die DSGVO vermehrt den Gerichten zu überantworten. Die Anwendbarkeit des UWG für datenschutzrechtliche Verstöße kann in Zweifelsfällen durch Vorlage der befassten Gerichte beim EuGH verbindlich und schnell geklärt werden. Durch Verstöße gegen die DSGVO beeinträchtigten Wettbewerbern steht gleichwohl der Weg zu Gericht zur Durchsetzung eventueller Unterlassungsansprüche offen.

Ein Konflikt mit dem europarechtlich geprägten Begriff der marktverhaltensleitenden Regelung oder mit dem Gebot der effektiven Rechtsdurchsetzung entsteht daraus nicht. Das Instrument der Abmahnung ist dem Europarecht unbekannt. Während materielle Vorschriften im Wettbewerbs- und Urheberrecht zu einem erheblichen Teil europarechtlichen Ursprungs sind, gilt das nicht für die Abmahnung. Sie ist aber ein im deutschen Recht bekanntes zusätzliches Instrument, das europarechtlich nicht vorgegeben ist. Dem nationalen Gesetzgeber steht es frei, die Klärung dieser Rechtsfrage den Gerichten zu überantworten und der Aushandlung zwischen Marktakteuren ohne Einbeziehung der Gerichte im Wege der Abmahnung durch Mitbewerber zu entziehen.

Die außergerichtliche Durchsetzung verbraucherschützender Datenschutzregelungen durch qualifizierte Einrichtungen oder die Durchsetzung durch Wirtschaftsverbände im Wege der Abmahnung wäre im Übrigen auch bei einem Ausschluss der Mitbewerber von der Abmahnbefugnis nach wie vor zulässig. Daneben besteht die Möglichkeit der Inhaber betroffener Daten, ihre Datenschutzansprüche zivilrechtlich oder über die Datenschutzbehörden durchzusetzen, unvermindert fort.

Mit der Einschränkung der Abmahnbarkeit von Verstößen gegen die DSGVO durch Mitbewerber kann die Klärung der bestehenden Rechtsunsicherheit durch die Gerichte beschleunigt werden, sofern die Praxis hierfür einen Bedarf erkennen lässt. Für den Fall einer bereits abgegebenen strafbewehrten Unterlassungserklärung muss eine nachträgliche, wie oben beschriebene Inhaltskontrolle möglich sein.

Zu 6)
Die in Abmahnungen unterbreiteten pauschalen Vergleichsangebote sind nach der Evaluation in der Höhe nicht zurückgegangen. Hierfür werden überwiegend die in der Höhe gleichbleibenden oder sogar noch gestiegenen Schadensersatzansprüche als ursächlich gesehen.

a) Aus diesem Grund bedarf es weitergehender Prüfungen, ob diese Schadensersatzansprüche in Bezug auf Abmahnungen in Urheberstreitsachen gegen Private unter bestimmten Voraussetzungen in der Höhe sinnvoll begrenzt werden können, ohne Sinn und Zweck des dem Urheber zustehenden Rechts auf Kompensation seines Schadens zu erodieren. In die Prüfung sollten auch maßgebliche Kriterien und Berechnungsmethoden der Rechtsprechung (v.a. die sog. Lizenzanalogie) einbezogen werden.

b) Zudem ist dafür Sorge zu tragen, dass der mit dem Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken intendierte Ausnahmecharakter der dort eingeführten „Unbilligkeitsregelung“ gemäß § 97a Abs. 3 S. 4 UrhG zur Geltung gelangt. Ein Verzicht auf die Unbilligkeitsregelung oder Präzisierung würde dem Zweck zuwiderlaufen, für eine Vielzahl von Fallgestaltungen anwendbar zu bleiben. Sinnvoll wäre als erster Schritt aber, den Abmahnenden im Falle der Berufung auf die Unbilligkeitsregelung gemäß § 97a Abs. 3 S. 4 UrhG ausdrücklich dazu zu verpflichten, substantiiert zusätzliche Gründe vorzutragen, die den besonderen Schwierigkeitsgrad des konkreten Sachverhalts darlegen, der über den bei urheberrechtlichen Streitigkeiten ohnehin vorliegenden erhöhten Schwierigkeitsgrad hinausgeht. Diese Anforderungen werden häufig – gerade in standardisierten Abmahnschreiben – bislang nicht erfüllt.

Zu 7)
Nicht nur anerkannte Verbände und Mitbewerber setzen Abmahnungen ein. Vielmehr dient dieses Instrument auch der Rechtsverteidigung von Verbraucherinnen und Verbrauchern, kleinen Gewerbebetrieben, Freiberuflern und anderen Nicht-Wettbewerbern nach individuellen Rechtsverletzungen, um die Unterlassung sich wiederholender Verstöße sicherzustellen. Beispiele können sein die Unterlassung von Ehrverletzungen, Nachstellungen u.a. Persönlichkeitsverletzungen, Eingriffe in Eigentum und Vermögen etwa durch unberechtigte Berühmungen, ferner Eingriffe in Privatsphäre oder Gewerbebetrieb etwa belästigende Spam-Werbung, usw.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Auf Abmahnungen in solchen Fällen zivilrechtlicher Natur wendet die ständige Rechtsprechung seit langem - vermittelt über § 242 BGB - die aus dem Wettbewerbsrecht entwickelten Kriterien unzulässiger Rechtsausübung entsprechend an. Ein Gesetzentwurf, der sich der Definition von Missbräuchlichkeit annimmt, muss sicherstellen, dass der berechtigte Schutz individueller Rechte in diesen Fällen nicht durch den Einwand der Missbräuchlichkeit unnötig behindert oder unmöglich gemacht wird.

Zu 8) Im Referentenentwurf ist mit § 13a Abs. 1 Nr. 3 UWG-E eine Regelung enthalten, welche bei der Feststellung der Angemessenheit der Vertragsstrafe die Größe, Marktstärke und Wettbewerbsfähigkeit des Abgemahnten berücksichtigt. Insbesondere viele Klein-Gewerbetreibende werden mit überzogenen Vertragsstrafen und Abmahnkosten in den wirtschaftlichen Ruin getrieben. Die Regelung geht daher bei der Berücksichtigung der tatsächlichen wirtschaftlichen Stellung einen ersten Schritt in die richtige Richtung. Mit einer Evaluation eines Gesetzes kann festgestellt werden, ob diese Regelung bereits hinreichend Wirkung zum Schutz der Klein-Gewerbetreibenden entfaltet hat. Sollte dies nicht der Fall sein, müssen bessere, konkretere Kriterien, bspw. der konkrete Umsatz des jeweiligen Unternehmens herangezogen werde, dies ist dann auch im Hinblick auf Abmahnkosten zu überprüfen.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.